

Commentaire d'arrêt de la Chambre Commerciale du 18 juin 2002

Le professeur Dominique Schmidt en tentant de distinguer intérêt commun des associés et intérêt social invite à relire l'article 1833 du Code Civil, qui dispose que, »toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».Mais si « l'invitation » avait été acceptée par la doctrine, elle paraissait avoir été déclinée par les praticiens.C'est l'un des mérites du présent arrêt de la Chambre commerciale que de révéler un cas d'exploitation du concept d'intérêt commun.

En l'espèce, confrontée à une grave situation d'endettement, une société cotée (la SA l'Amy) avait décidé sa restructuration sur des bases classiques : réduction du capital à zéro, puis augmentation corrélative du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'une tierce société (La société Kitty Little Group).Certains actionnaires minoritaires critiquèrent l'opération en agitant le grief de l'exclusion.

Après plusieurs péripéties judiciaires, la Cour d'appel de Besançon le 2 décembre 1998 débouta les demandeurs et leur pourvoi en cassation est rejeté par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.Les actionnaires minoritaires développent 3 moyens dans leur pourvoi.

D'une part, ils soutenaient que l'opération litigieuse privilégiait l'intérêt social, au détriment de l'intérêt commun des associés. D'autre part, les minoritaires invoquaient que dans la mesure où l'opération était assortie d'une suppression de leur droit préférentiel de souscription, elle caractérisait une expropriation illégale, non justifiée par une cause d'utilité publique ni précédée d'une indemnisation en vertu de l'article 545 du Code Civil.

Enfin, les minoritaires avaient fait valoir que l'opération litigieuse s'analysait en une augmentation de leurs engagements.

Le problème de droit réside donc d'une manière générale dans la fait de savoir, si la suppression du droit préférentiel de souscription excluant tous les anciens actionnaires est licite ?

D'une manière plus particulière, en vertu de l'article L 224-2 du Code de commerce, une augmentation de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au minimum légal, peut-elle être réservée à un tiers par suppression du droit préférentiel de souscription ?

Dans son arrêt rendu du 18 juin 2002, la Cour de Cassation écarte ces différents moyens.

Tout d'abord, la Cour de Cassation retient qu'il n'y avait pas d'inégalité de traitement entre les majoritaires et les minoritaires,

l'idée que l'intérêt commun des associés s'oppose à ce que l'intérêt de certains associés soit préféré à l'intérêt de tous. En cela, la Cour de Cassation est minimaliste et ne tranche pas la question qui est au cœur de la controverse doctrinale, à savoir l'existence d'un intérêt commun des associés, séparé de l'intérêt social de la personne morale et s'il y a séparation le périmètre respectif des deux notions.

Puis, elle affirme que la réduction de capital à zéro des actionnaires ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports, en vertu de l'article 1832 alinéa 3 du Code Civil, applicable à toutes les sociétés.

Enfin, la Cour de Cassation ne s'est pas prononcée sur le troisième moyen qui n'avait pas été discuté devant les juges du fond.

D'une façon générale, la jurisprudence a à maintes reprises affirmé la licéité de cette pratique communément appelée « coup d'accordéon » (réduction du capital social à zéro suivie d'une augmentation de capital), lorsqu'elle est justifiée par la survie de la société. En ce sens, cet arrêt se situe dans la ligne de décisions rendues ultérieurement par la Cour de cassation (notamment le célèbre arrêt *Usinor* 17 mai 1994 et confirmé par un autre arrêt du 10 octobre 2000).

La Cour de Cassation apporte des précisions dans deux sens concernant la suppression du droit préférentiel des souscriptions. Elle affirme que cette suppression du droit préférentiel des souscriptions respecte d'une part l'intérêt commun des associés (I) et d'autre part le droit de propriété des actionnaires (II).

I/ La suppression du droit préférentiel de souscription et le respect de l'intérêt commun des associés

La Cour de Cassation estime avec la Cour d'appel que la suppression du droit préférentiel de souscription n'a pas porté atteinte à l'intérêt commun des associés pour le double motif que l'opération n'a pas nui aux actionnaires qui, « d'une façon ou d'une autre, réalisation de l'opération ou dépôt de bilan, auraient eu une situation identique » et que les actionnaires majoritaires avaient subi le même sort. Ce sont les deux facettes de l'intérêt commun des associés, auxquelles il est fait référence, à savoir la non atteinte d'une part à l'intérêt des actionnaires (A) et d'autre part, à l'égalité des actionnaires excluant l'abus de majorité (B).

A/ La non atteinte à l'intérêt commun des actionnaires

L'intérêt commun des associés est ainsi qualifié parce qu'il est le même pour chacun : c'est l'intérêt de tout associé de retirer d'un enrichissement collectif un enrichissement individuel. La suppression du droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital consécutive à sa réduction à zéro s'apparente à un « suicide collectif », chaque actionnaire perd sa qualité d'associé et donc tout droit de participer aux résultats futurs de sa société. Le droit de faire partie de la société est rangé parmi les droits individuels des actionnaires sur lesquels la loi de la majorité n'aurait pas de prise. Ces droits d'ordre public n'en subissent pas néanmoins des aménagements ou des dérogations qui sont l'œuvre de la loi.

Les actions comportent un droit préférentiel de souscription à toutes les augmentations de capital en numéraire, même celles consécutives à une réduction à zéro. On en a contesté l'existence pour la raison que la réduction de capital à zéro ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci au minimum légal et que, par le jeu de la rétroactivité de la condition, le droit préférentiel serait anéanti. Cette analyse ne saurait être suivie : elle conduirait à décider que l'assemblée qui aurait décidé l'augmentation de capital serait inexistante puisque la réduction à zéro ayant été rétroactivement réalisée, les actionnaires qui y auraient participé n'avaient plus cette qualité. En dépit des termes utilisés par le législateur, l'augmentation de capital n'est pas une condition de la réduction de la réduction, au sens des dispositions des articles 1168 et suivants du Code Civil. Dès lors, la rétroactivité n'y a pas sa place. Le législateur a seulement entendu signifier que la réduction de capital ne prendrait effet que lors de la réalisation de son augmentation.

Le droit préférentiel de souscription est d'ordre public et à ce titre on ne peut y renoncer par avance. Néanmoins, en vertu de l'article L 225-135 du Code de commerce, »l'assemblée qui décide ou autorise une augmentation de capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation ». Cette faculté ouverte à l'assemblée générale de supprimer le droit préférentiel de souscription est générale et vaut pour toutes les augmentations de capital en numéraire. Le législateur ne distingue pas selon que l'augmentation suit ou ne suit pas une réduction de capital. Il ne nous appartient pas de distinguer là où le législateur ne le fait pas. La suppression du droit préférentiel de souscription est dès lors, possible, quand bien même, il serait le seul droit qui subsiste à l'actionnaire. Cette solution s'avère aussi opportune en fait : l'investisseur qui vient au secours d'une société en difficulté entend que l'augmentation

de capital à laquelle il souscrit lui soit réservée pour en obtenir le contrôle.

Par conséquent, la Cour de Cassation souligne que l'intérêt commun des actionnaires n'est pas mis en cause, ce qui est confirmé par la non-atteinte à l'égalité des actionnaires qui exclut l'abus de majorité.

B/La non atteinte à l'égalité des actionnaires excluant l'abus de majorité

Si comme l'affirmé le professeur Dominique Schmidt, »l'intérêt commun implique l'égalité des actionnaires », la Cour de Cassation observe que nulle atteinte n'y a été portée car tous les actionnaires ont subi le même sort : tous minoritaires et majoritaires ont perdu la qualité d'actionnaires. L'intérêt commun est un concept qui éclaire de nombreuses règles du droit des sociétés mais son intérêt opérationnel est modeste lorsque, précisément, le législateur est intervenu pour requérir un traitement égal des actionnaires. Tel est le cas en l'espèce.

D'une part, l'article L 225-204 du Code de Commerce dispose expressément « qu'en aucun cas la réduction du capital ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires », sauf à souligner que cette égalité doit être appréciée au sein de chaque catégorie d'actionnaires, s'il y a plusieurs catégories.

D'autre part, selon l'article L 225-135 du Code de Commerce, le droit préférentiel de souscription ne peut être supprimé que pour la totalité d'une augmentation de capital ou pour une ou plusieurs de ses tranches, ce qui signifie que tous les actionnaires doivent subir la suppression du droit préférentiel de souscription dans les mêmes proportions. Il est vrai que peut être décidée une augmentation de capital réservée à un actionnaire, mais alors il ne peut pas prendre part au vote sur la suppression du droit préférentiel en sa faveur (article L 225-138 du Code de Commerce). Dès lors que la suppression du droit préférentiel de souscription à une augmentation de capital consécutive à sa réduction à zéro a été régulièrement effectuée, l'intérêt commun dans la mesure où il postule l'égalité des actionnaires a été nécessairement respecté.

Le respect de l'intérêt commun a pour effet d'exclure l'abus de majorité, bien que le juge ne semble pas l'écarter par ce qui relève plutôt d'une formule de style. Selon l'expression classique de la Cour de Cassation, l'abus de majorité est établi « lorsqu'une décision a été prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité » (Cass. Com. 18 avril 1961). Comme l'observe le professeur Schmidt, »l'abus implique deux conditions : la première se rapporte à l'intérêt social, la seconde à l'intérêt commun ». Dès lors qu'un « coup d'accordéon » a été régulièrement effectué, dans le respect de l'égalité des

actionnaires, la voie de l'abus de droit est fermée pour contester l'opération.

Par conséquent, l'intérêt commun s'entend plus restrictivement que l'intérêt social, mais ce concept ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite, peut-être essentiellement théorique. Aussi la réponse de la Cour de cassation ne peut surprendre, elle se cantonne, reprenant l'attendu de la Cour d'appel pour l'avaliser à montrer que les juges du second degré n'ont « pas déduit l'absence d'intérêt commun des associés de considérations relatives au seul intérêt social ». Cette position assez minimaliste est confirmée par la vision quelque peu contestable qu'à la Cour du respect du droit de propriété des actionnaires.